



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA
presentadas el 11 de julio de 2019¹

Asunto C-395/18

Tim SpA – Direzione e coordinamento Vivendi SA
contra
Consip SpA,
Ministero dell'Economia e delle Finanze,
con intervención de:
E-VIA SpA

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Tribunal regional de lo contencioso-administrativo del Lacio, Italia)]

«Cuestión prejudicial — Directiva 2014/24/UE — Contratación pública — Motivos de exclusión facultativa — Exclusión de un operador económico de la participación en un procedimiento de licitación por incumplimiento de un subcontratista por él propuesto — Incumplimiento de obligaciones medioambientales, sociales o laborales del artículo 18, apartado 2 — Exclusión del licitador — Artículo 71 — Artículo 57, apartado 4, letra a)»

1. Un poder adjudicador italiano (Consip SpA)² sacó a licitación un contrato público para la prestación de ciertos servicios, permitiendo en el pliego de condiciones la posibilidad de subcontratarlos. Para acogerse a esa posibilidad, los candidatos debían consignar en sus ofertas que se proponían subcontratar parte de aquellos servicios, así como designar una terna de subcontratistas.
2. Uno de los licitadores (Tim SpA) manifestó en su oferta que subcontrataría algunos servicios objeto del contrato e hizo constar el nombre de tres subcontratistas. Como uno de estos últimos estaba afectado por un motivo de exclusión facultativa (había incurrido en infracciones de orden social y laboral), el poder adjudicador excluyó del procedimiento al licitador.
3. El tribunal de reenvío desea saber, en síntesis, si la Directiva 2014/24/UE³ faculta al poder adjudicador para apartar a un licitador del procedimiento de contratación por causas que afectan al subcontratista propuesto en la oferta.

¹ Lengua original: español.

² Consip es una sociedad anónima cuyo capital social corresponde en su totalidad al Ministerio de Economía y Hacienda italiano. Actúa únicamente al servicio de la Administración pública.

³ Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014, L 94, p. 65).

I. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión. Directiva 2014/24

4. El considerando centésimo primero señala:

«Además, se debe dar a los poderes adjudicadores la posibilidad de excluir a los operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables, por ejemplo, debido a que han incumplido las obligaciones medioambientales o sociales [...]

[...]

Al aplicar motivos de exclusión facultativos, los poderes adjudicadores deben prestar especial atención al principio de proporcionalidad. Irregularidades leves deberían llevar a la exclusión del operador económico únicamente en circunstancias excepcionales. Con todo, casos reiterados de irregularidades leves pueden dar lugar a dudas acerca de la fiabilidad de un operador económico, lo que puede justificar su exclusión».

5. Según el considerando centésimo quinto:

«Es importante que se garantice que los subcontratistas cumplen las obligaciones aplicables en los ámbitos del derecho medioambiental, social y laboral, establecidas por el derecho de la Unión, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en la presente Directiva, siempre que dichas normas, y su aplicación, respeten el derecho de la Unión [...]

[...]

Asimismo, es preciso aclarar que las condiciones relativas a la imposición del cumplimiento de obligaciones aplicables en los ámbitos del derecho medioambiental, social y laboral, establecidas por el derecho de la Unión, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en la presente Directiva, siempre que dichas normas, y su aplicación, respeten el derecho de la Unión, deberían aplicarse cada vez que el derecho nacional de un Estado miembro disponga un mecanismo de responsabilidad solidaria entre los subcontratistas y el contratista principal. Además, es preciso puntualizar explícitamente que los Estados miembros han de poder ir más allá, por ejemplo, ampliando las obligaciones de transparencia, al permitir el pago directo a los subcontratistas o al permitir o exigir a los poderes adjudicadores que verifiquen que los subcontratistas no se encuentran en ninguna de las situaciones en las que se justificaría la exclusión de operadores económicos. Cuando se apliquen estas medidas a subcontratistas, debe garantizarse la coherencia con las disposiciones aplicables a los contratistas principales, de modo que la existencia de motivos de exclusión obligatoria vaya seguida por el requisito de que el contratista principal sustituya al subcontratista de que se trate. Cuando esta verificación muestre la presencia de motivos de exclusión no obligatoria, debería aclararse que los poderes adjudicadores pueden solicitar la sustitución. No obstante, debe establecerse también explícitamente que los poderes adjudicadores pueden estar obligados a pedir la sustitución del subcontratista de que se trate cuando la exclusión del contratista principal sea obligatoria en dichos casos.

Por último, también debe establecerse explícitamente que los Estados miembros conservan la libertad de establecer disposiciones más estrictas en materia de responsabilidad en su derecho nacional o de ir más allá, en su derecho nacional, sobre los pagos directos a los subcontratistas».

6. El artículo 18 («Principios de contratación») reza:

«1. Los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada.

[...]

2. Los Estados miembros tomarán las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de contratos públicos, los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho de la Unión, el derecho nacional, los convenios colectivos o por las disposiciones de derecho internacional medioambiental, social y laboral enumeradas en el anexo X».

7. El artículo 57 («Motivos de exclusión») estipula:

«[...]

4. Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones:

a) cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio apropiado que se han incumplido obligaciones aplicables en virtud del artículo 18, apartado 2;

[...]».

8. El artículo 71 («Subcontratación») preceptúa:

«1. Las autoridades nacionales competentes se encargarán de asegurar, mediante la adopción de las medidas adecuadas dentro de su ámbito de competencia y su mandato, que los subcontratistas cumplan las obligaciones contempladas en el artículo 18, apartado 2.

2. En los pliegos de la contratación el poder adjudicador podrá pedir, o podrá ser obligado por un Estado miembro a pedir, al licitador que indique en su oferta la parte del contrato que tenga intención de subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos.

[...]

4. Los apartados 1 a 3 se entenderán sin perjuicio de la cuestión de la responsabilidad del contratista principal.

[...]

6. Se podrán tomar las medidas oportunas para evitar el incumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo 18, apartado 2. En particular:

a) si el derecho nacional de un Estado miembro dispone un mecanismo de responsabilidad conjunta entre los subcontratistas y el contratista principal, el Estado miembro en cuestión se asegurará de que las normas correspondientes se apliquen de conformidad con las condiciones establecidas en el artículo 18, apartado 2;

b) los poderes adjudicadores, por decisión propia o a petición de los Estados miembros, podrán comprobar, de conformidad con los artículos 59, 60 y 61, si concurren motivos para excluir a algún subcontratista con arreglo al artículo 57. En tales casos, el poder adjudicador exigirá que el

operador económico sustituya al subcontratista que haya incurrido, según se desprenda de la comprobación, en causas de exclusión obligatoria. El poder adjudicador, por decisión propia o a petición de un Estado miembro, podrá exigir que el operador económico sustituya al subcontratista que haya incurrido, según se desprenda de la comprobación, en motivos de exclusión no obligatoria.

7. Los Estados miembros podrán establecer en su derecho nacional normas de responsabilidad más estrictas o disposiciones más amplias en materia de pagos directos a los subcontratistas, disponiendo, por ejemplo, el pago directo a los subcontratistas sin necesidad de que estos lo soliciten.

8. Los Estados miembros que opten por establecer medidas al amparo de los apartados 3, 5 o 6 precisarán las condiciones de ejecución de las mismas mediante disposiciones legales, reglamentarias o administrativas y respetando el derecho de la Unión. Al precisar dichas condiciones, los Estados miembros podrán limitar los supuestos de aplicación de las medidas, por ejemplo, respecto de determinados tipos de contrato o determinadas categorías de poderes adjudicadores u operadores económicos o a partir de ciertos importes».

B. Derecho italiano. Decreto Legislativo n.º 50/2016⁴

9. Con arreglo al artículo 80, apartado 5:

«Las entidades adjudicadoras excluirán a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación que se encuentre en alguna de las situaciones que se exponen a continuación, lo que se aplicará asimismo a un subcontratista en los casos previstos en el artículo 105, apartado 6, cuando:

[...]

i) el operador económico no presente la certificación a que se refiere el artículo 17 de la Ley n.º 68, de 12 de marzo de 1999, o no autocertifique la existencia de dicho requisito; [⁵

[...]]».

10. El artículo 105 ordena:

«[...]

6. Se deberá indicar la terna de subcontratistas cuando el importe de los contratos de obras, servicios o suministros sea igual o superior a los umbrales previstos en el artículo 35 y para cuyo cumplimiento no se exija una cualificación especial. En este caso, el anuncio de convocatoria de licitación establecerá dicha obligación. La entidad adjudicadora podrá indicar en el anuncio otros supuestos en los que sea obligatoria la designación de la terna aun cuando el importe del contrato sea inferior a los umbrales previstos en el artículo 35.

⁴ Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture: Codice dei contratti pubblici (GURI n.º 91, de 19 de abril de 2016 — Suplemento ordinario n.º 10) (Decreto Legislativo n.º 50, de 18 de abril de 2016, de aplicación de las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE, relativas a la adjudicación de contratos de concesión, a la contratación pública y a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y de reestructuración de la normativa vigente en materia de contratos públicos de obra, servicios o suministro: Código de contratos públicos; en adelante, «CCP»).

⁵ A tenor del artículo 17 de la Ley n.º 68 de 1999, las empresas, tanto públicas como privadas, que participen en procedimientos de contratación pública o tengan relaciones de concesión o convenios con las Administraciones públicas están obligadas a entregar a estas, de manera previa y bajo pena de exclusión, una declaración de su representante legal manifestando que respetan las normas relativas al derecho al trabajo de las personas discapacitadas.

[...]

12. El adjudicatario deberá sustituir a los subcontratistas respecto de los actuales se haya demostrado, tras efectuar una inspección, que concurren los motivos de exclusión previstos en el artículo 80.

[...]»

II. Hechos del litigio y cuestión prejudicial

11. El 29 de julio de 2016, Consip publicó un anuncio de licitación relativo a «la adjudicación del suministro del Sistema WDM para la interconexión del Centro de datos de los Departamentos RGS, DT y DAG».⁶ El valor estimado del contrato era de 1 420 785,60 euros sin incluir el IVA.

12. La cláusula número 11 del pliego de condiciones permitía la subcontratación. A tal efecto, los candidatos debían consignar en sus ofertas que se proponían hacer uso de esa posibilidad, así como designar una terna de subcontratistas.

13. Tim depositó su oferta señalando los tres subcontratistas a los que tenía intención de recurrir si se le adjudicaba el contrato. Acompañó, en anexo, el documento europeo único de contratación (DEUC) de cada uno de ellos.

14. El poder adjudicador, al verificar las condiciones de los subcontratistas, constató que uno de ellos (la sociedad Maticmind, Spa) no respetaba las normas relativas al derecho al trabajo de las personas discapacitadas, según un certificado de 5 de abril de 2017, emitido por el Ayuntamiento de Milán.

15. En consecuencia, Consip excluyó a Tim del procedimiento de licitación, en aplicación del artículo 80, apartado 5, letra i), del CCP.

16. Tim recurrió dicha decisión ante el órgano jurisdiccional remitente alegando, en síntesis, que:

- La exclusión era injusta y desproporcionada, pues, a tenor de la Directiva 2014/24, un motivo de exclusión de un subcontratista solo puede provocar la sustitución de este.
- Para la ejecución del contrato habría podido recurrir, en cualquier caso, a los otros dos subcontratistas, no afectados por ningún motivo de exclusión.
- La subcontratación no era indispensable para cumplir el contrato, ya que Tim reunía todos los requisitos necesarios para ejecutar las prestaciones por sí misma.

17. Según el tribunal de reenvío, la exclusión de Tim se ajusta al artículo 80, apartado 5, del CCP. No obstante, la lectura de los apartados 6 y 12 del artículo 105 del CCP le lleva a distinguir lo que ha de hacerse cuando se constate la existencia de un motivo de exclusión concerniente a un subcontratista:

- Si esa verificación se produce durante el procedimiento de licitación, porque uno de los subcontratistas que forma parte de la terna ha incurrido en el motivo de exclusión, la consecuencia es la eliminación del licitador (artículo 80, apartado 5, del CCP).
- Si la verificación ocurre en un momento posterior a la celebración del contrato, el poder adjudicador ha de solicitar al adjudicatario que sustituya al subcontratista (artículo 105, apartado 12, del CCP).

⁶ El objeto de la licitación consistía, en particular, en la prestación de servicios de interconexión con mantenimiento y asistencia, servicios opcionales de ampliación de banda con mantenimiento y asistencia y servicios opcionales de traslado.

18. Ante esta diferencia de trato, el tribunal *a quo* duda de que la exclusión del licitador, en las circunstancias del caso, sea compatible con el artículo 71, apartado 6, de la Directiva 2014/24 y respete el principio de proporcionalidad.

19. En esta tesitura el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal regional de lo contencioso-administrativo del Lacio, Italia) eleva al Tribunal de Justicia las siguientes preguntas prejudiciales:

- «1) ¿Se oponen los artículos 57 y 71, apartado 6, de la Directiva 2014/24/UE a una normativa nacional, como la prevista en el artículo 80, apartado 5, del Decreto Legislativo n.º 50 de 2016, que establece la exclusión del licitador en caso de que se compruebe, en la fase de licitación, la existencia de un motivo de exclusión relativo a un subcontratista que forma parte de la terna indicada en la oferta, en vez de exigirle la sustitución del subcontratista designado?
- 2) Con carácter subsidiario, en caso de que el Tribunal de Justicia considere que el Estado miembro puede optar por excluir al licitador, ¿el principio de proporcionalidad, enunciado en el artículo 5 del Tratado UE, reiterado en el considerando 101 de la Directiva 2014/24/UE y mencionado como principio general del derecho de la Unión Europea por el Tribunal de Justicia, se opone a una normativa nacional, como la prevista en el artículo 80, apartado 5, del Decreto Legislativo n.º 50 de 2016, que establece, en caso de que se compruebe en la fase de licitación la existencia de un motivo de exclusión relativo a un subcontratista designado, la exclusión automática del licitador, incluso cuando en la oferta figuren otros subcontratistas que no incurren en ningún motivo de exclusión y que cumplen los requisitos para satisfacer las prestaciones que se pretenden subcontratar o el licitador declare renunciar a la subcontratación, puesto que cumple por sí solo los requisitos para satisfacer las prestaciones?»

III. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

20. El auto de remisión prejudicial tuvo entrada en el Tribunal de Justicia el 14 de junio de 2018.

21. De conformidad con el artículo 101 del Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Justicia solicitó al de reenvío ciertas aclaraciones sobre el procedimiento de contratación. En su respuesta, de 26 de marzo de 2019, el tribunal de reenvío precisó que:

- Tim estaba obligada a indicar en su oferta tres subcontratistas, si pretendía recurrir a la subcontratación. Habría podido, como alternativa, no incluir ninguno, renunciando así a la posibilidad de acudir a la subcontratación.
- Tim no estaba obligada a valerse de los subcontratistas designados en la terna o de alguno de ellos, en el caso de que se le hubiese adjudicado el contrato. Podía desistir de la subcontratación y ejecutar ella misma el contrato.
- Al elaborar su oferta, Tim no tenía el deber de verificar si los subcontratistas propuestos incurrían en el motivo de exclusión facultativa del artículo 57, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24, pues solo se le pedía transmitir el DEUC emitido por el representante de cada subcontratista.

22. Han depositado observaciones escritas Tim, Consip, el Gobierno de Austria y la Comisión. Todos, salvo el Gobierno de Austria, comparecieron en la vista celebrada el 2 de mayo de 2019.

IV. Apreciación

A. Planteamiento

23. La legislación italiana contempla que las infracciones cometidas por un subcontratista puedan repercutir en el licitador que lo propuso al hacer su oferta, motivando la exclusión de este último del procedimiento de contratación.

24. Esa misma legislación, sin embargo, otorga un trato diferente a dos hipótesis:

- Si la infracción del subcontratista se pone de relieve una vez adjudicado el contrato, el adjudicatario ha de reemplazarlo.
- En cambio, si esa infracción se revela en la fase de selección de los contratistas, el resultado es más radical, ya que implica la exclusión del propio licitador.

25. El tribunal de reenvío duda de la compatibilidad de este tratamiento dual con la Directiva 2014/24. Para responder a sus preguntas, creo que se ha de analizar, en primer lugar, si su artículo 57 permite subsumir una infracción del subcontratista entre los motivos de exclusión del licitador y, a continuación, comprobar si el régimen de la subcontratación del artículo 71 de esa Directiva posibilita dicha exclusión.

26. En ambos casos, el telón de fondo que ha determinado la exclusión de Tim es la comisión (por el subcontratista) de una falta relativa al cumplimiento de obligaciones en materia social o laboral. En concreto, no haber respetado las normas nacionales sobre el trabajo de las personas discapacitadas.

27. La Directiva 2014/24 ordena a los Estados miembros,⁷ en el artículo 18, apartado 2, adoptar las medidas pertinentes para garantizar que, en la ejecución de los contratos públicos, los operadores económicos satisfagan las obligaciones que les incumben en materia social o laboral (entre otras), tal como se hayan establecido en el derecho nacional.

28. Este mandato se extiende tanto a los adjudicatarios principales (contratistas) como a los subcontratistas, pues unos y otros tienen la condición de operadores económicos. Con él, el legislador de la Unión quiso convertir la contratación administrativa en un instrumento al servicio de otras finalidades públicas en ciertos ámbitos de interés general, reflejándolo en los artículos 57 y 71 de la Directiva 2014/24.

29. En particular, «el control del cumplimiento de dichas disposiciones de derecho [...] social y laboral debe realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación, a saber, cuando se apliquen los principios generales aplicables a la elección de participantes y la adjudicación de contratos, al aplicar los criterios de exclusión [...]».⁸

B. Sobre la interpretación del artículo 57, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24

30. El legislador de la Unión vincula el artículo 18, apartado 2, de la Directiva 2014/24 con el motivo de exclusión facultativa de su artículo 57, apartado 4, letra a). Este último se refiere, concretamente, al incumplimiento de obligaciones aplicables en virtud del primero de dichos preceptos.

⁷ Aunque el artículo 18, apartado 2, se dirija solo a los Estados miembros, el considerando trigésimo séptimo de la Directiva 2014/24 abarca también a los poderes adjudicadores: «en aras de una integración adecuada de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de licitación pública, resulta especialmente importante que los Estados miembros y los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos del derecho medioambiental, social y laboral [...]».

⁸ Considerando cuadragésimo de la Directiva 2014/24.

31. La duda es si la conducta del subcontratista puede justificar la exclusión (facultativa) del licitador o, por el contrario, tal exclusión solo es aplicable en virtud de hechos imputables al propio licitador.

32. Si se observa la redacción del artículo 57, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24 se comprueba que es deliberadamente genérica. Usa una expresión impersonal («se ha[ya]n incumplido obligaciones»)⁹ para aludir, sin mencionar a sus autores, a la infracción de deberes sociales o laborales. El precepto contrasta, así, desde el punto de vista literal, con otros epígrafes en los que se identifican los eventuales autores de las conductas determinantes de la exclusión.

33. Esta construcción gramatical permite, pues, que el responsable del incumplimiento (y, por lo tanto, del motivo de exclusión) sea también el subcontratista, en cuanto parte que, al emplear por sí misma a trabajadores en el marco del contrato público, está sujeta a las normas nacionales de derecho social o laboral.

34. Si se atiende al criterio de interpretación sistemático, la extensión al licitador del incumplimiento del subcontratista, en la fase inicial de selección, es coherente con el considerando cuadragésimo de la Directiva 2014/24, en cuya virtud «el control del cumplimiento de dichas disposiciones de derecho medioambiental, social y laboral [debe] realizarse en las respectivas fases del procedimiento de licitación».¹⁰

35. Aplicando este criterio, el artículo 57, apartado 5, de la Directiva 2014/24 confirma que cualquier operador económico (por lo tanto, también el licitador) puede ser excluido «en vista de los actos cometidos u omitidos antes del procedimiento o durante el mismo». La falta de control, del licitador, al presentar en su oferta a un subcontratista que, antes del procedimiento, ha incumplido las obligaciones del artículo 18, apartado 2, revela, cuando menos, una omisión negligente.

36. Por último, el artículo 71, apartado 6, letra a), de la Directiva 2014/24 menciona de modo expreso, en relación con la aplicación del artículo 18, apartado 2, la «responsabilidad conjunta entre los subcontratistas y el contratista principal», como uno de los mecanismos de los que pueden prevalecer los Estados miembros.

37. Reafirma esta responsabilidad de unos y de otros el considerando centésimo quinto de la Directiva 2014/24, al autorizar que el Estado miembro implante «un mecanismo de responsabilidad *solidaria* entre los subcontratistas y el contratista principal». Como es bien conocido, la acción para exigir el cumplimiento de sus deberes a los obligados solidarios, y para deducir las consecuencias de su incumplimiento, puede dirigirse indistintamente contra cualquiera de ellos, sin perjuicio de las relaciones internas que tengan entre sí.

38. La finalidad del artículo 57, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24 corrobora la procedencia de este enfoque, que juzgo el más apropiado, a la luz del inequívoco propósito del legislador de la Unión de salvaguardar los derechos sociales y laborales, también por la vía de reforzar su protección en el ámbito de la contratación administrativa.

⁹ En las versiones lingüísticas que he consultado, el significado es equivalente: *peut démontrer, par tout moyen approprié, un manquement aux obligations*, en la francesa; *can demonstrate by any appropriate means a violation of applicable obligations*, en la inglesa; *dimostrare con qualunque mezzo adeguato la violazione degli obblighi applicabili*, en la italiana; *puder demonstrar, por qualquer meio adequado, o incumprimento das obrigações aplicáveis*, en la portuguesa; o *kann auf geeignete Weise Verstöße gegen geltenden Verpflichtungen*, en alemán.

¹⁰ La propuesta de Directiva remitido por la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento Europeo (COM/2011/0896 final – 2011/0438 (COD)) citaba incluso a los participantes en las cadenas de aprovisionamiento (artículo 55). La formulación abierta que se impuso logra, si cabe, un mayor alcance.

39. Apunta en esa misma dirección el designio de que haya una competencia no viciada entre los licitadores. Esa competencia se distorsionaría si, mientras los demás se atienen a las normas, un licitador presenta su oferta a sabiendas de que uno de sus componentes principales (el subcontratista al que se propone confiar una parte relevante del contrato) arranca de una situación de ventaja ilícita en sus costes, precisamente por no respetar las obligaciones en materia social. Ese hecho incide en la propia credibilidad del licitador que trata de prevalecerse de esa ventaja desleal.

40. Sentada esta premisa, no deja de tener lógica que el licitador pueda resultar afectado en su aptitud para contratar por infracciones del subcontratista. En cuanto que es él quien decide libremente acudir al mecanismo de la subcontratación y elige y propone a los subcontratistas que van a participar en la ejecución del contrato, nada obsta a que su responsabilidad (aunque solo sea por *culpa in eligendo*) se extienda a la conducta de aquellos en el marco de dicho contrato.

41. Además, el terreno de la subcontratación administrativa es propicio a maniobras de elusión de responsabilidad y de injustificada reducción de costes laborales para el contratista principal, que pueden fraguarse ya en la fase inicial (la oferta) de la licitación.

42. Es cierto que, en la concepción general de la contratación administrativa, el derecho de la Unión otorga gran importancia a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, así como al favorecimiento de la competencia entre los operadores económicos. Este objetivo tiende a que la apertura de los procedimientos de licitación sea lo más amplia posible, para lo que una aplicación desorbitada de las causas facultativas de exclusión podría ser un obstáculo.

43. Ahora bien, los motivos de exclusión facultativa permiten a los Estados miembros satisfacer objetivos de interés general y, en todo caso, tratan de asegurar las garantías de fiabilidad, de diligencia, de honestidad profesional y de seriedad del licitador.¹¹

44. Como apunté en las conclusiones del asunto Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93,¹² la Directiva 2014/24 incorpora la fiabilidad como componente clave de la relación. Según el considerando centésimo primero, párrafo primero, los poderes adjudicadores pueden excluir a los «operadores económicos que hayan dado muestras de no ser fiables». El ingrediente de la fiabilidad impregna, así, los motivos de exclusión relativos a las condiciones subjetivas tanto del candidato como del resto de los operadores económicos que, en calidad de subcontratistas, aquel pretende emplear en la ejecución del contrato.

45. La letra a) del apartado 4 del artículo 57 de la Directiva 2014/24 no escapa de este influjo. Al contrario, el considerando centésimo primero empieza evocando la falta de fiabilidad del operador económico justamente a causa del incumplimiento de las «obligaciones medio-ambientales o sociales, entre ellas las normas sobre accesibilidad para las personas con discapacidad».

46. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia confiere a los Estados miembros un amplio margen de apreciación para configurar los motivos de exclusión facultativa.¹³ El artículo 57, apartado 7, de la Directiva 2014/24 aclara, no obstante, que los Estados miembros precisarán las condiciones de aplicación de esos motivos «teniendo en cuenta el derecho de la Unión».

47. Me parece legítimo que un Estado miembro se valga de ese margen de apreciación para permitir a sus poderes adjudicadores oponer al licitador el motivo de exclusión facultativa previsto en el artículo 57, apartado 4, letra a), cuando el incumplimiento de las obligaciones sociales o laborales sea imputable al subcontratista que aquel ha propuesto.

11 Sentencia de 10 de julio de 2014, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici (C-358/12, EU:C:2014:2063), apartados 29, 31 y 32.

12 Asunto C-267/18, EU:C:2019:393.

13 Sentencia de 20 de diciembre de 2017, Impresa di Costruzioni Ing. E. Mantovani y Guerrato (C-178/16, EU:C:2017:1000), apartado 31 y jurisprudencia citada.

48. Ahora bien, esta posibilidad de exclusión no opera de manera automática, sino que dependerá de las circunstancias concretas, ponderadas de acuerdo con los principios inspiradores de la contratación administrativa, entre los que se cuenta el de proporcionalidad.¹⁴

49. Conforme al principio de proporcionalidad, para que las faltas del subcontratista puedan alcanzar al licitador hasta el extremo de excluirlo del procedimiento, será necesario, en términos generales, que las infracciones del primero hagan al segundo indigno de la confianza del poder adjudicador. De este aspecto me ocuparé posteriormente.

C. Sobre la interpretación del artículo 71 de la Directiva 2014/24

50. El artículo 71, apartado 1, de la Directiva 2014/24 impone a las autoridades competentes el deber de asegurar «que los subcontratistas cumplan las obligaciones contempladas en el artículo 18, apartado 2» (es decir, entre otras, las de orden social o laboral).

51. Ese mismo artículo 71, en su apartado 6, autoriza a los Estados a «tomar las medidas oportunas para evitar el incumplimiento [por los subcontratistas] de las obligaciones contempladas en el artículo 18, apartado 2».

52. Algunas de las partes intervinientes¹⁵ han propugnado que el artículo 71 de la Directiva 2014/24 no rige en la fase de selección de los candidatos, sino en la de cumplimiento contractual. Aducen en apoyo de su tesis el considerando centésimo quinto de esa Directiva, que menciona solo al contratista principal y al subcontratista, pero no a los meros licitadores.

53. No creo que esa objeción terminológica sea decisiva. En realidad, el artículo 71 de la Directiva 2014/24 utiliza, además de la locución «contratista principal» (entendido como «el operador económico al que se haya adjudicado el contrato público»), la de «subcontratista», la de «licitador» (quien haya presentado una oferta) y la de «operador económico». Esta última es la más amplia y engloba a cualquier empresa que suministre en el mercado sus productos o servicios,¹⁶ lo que comprende, lógicamente, a los subcontratistas.

54. El considerando centésimo quinto debe leerse en sintonía con las referencias expresas que el artículo 71 de la Directiva 2014/24 hace al licitador, al contratista principal y a los operadores económicos. Nada obsta, en consecuencia, a que ese precepto se aplique tanto en la fase anterior a la adjudicación del contrato (esto es, a los licitadores) cuanto en la ulterior (esto es, a los contratistas) para incidir en la relación de unos y de otros con los subcontratistas.

55. En concreto, el artículo 71, apartado 6, letra b), de la Directiva 2014/24, que versa específicamente sobre la exclusión del subcontratista por el incumplimiento de las obligaciones recogidas en el artículo 18, apartado 2, habla del «operador económico», por lo que su efecto se despliega en la fase de selección y en la de ejecución del contrato.

¹⁴ De acuerdo con el artículo 18, apartado 1, de la Directiva 2014/24, «los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada».

¹⁵ Consip y el Gobierno austriaco.

¹⁶ En el artículo 2, apartado 1, número 10, de la Directiva se define al «operador económico» como «una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios». También se define al «licitador» como «un operador económico que haya presentado una oferta» (artículo 2, apartado 1, número 11).

56. Es lógico que así sea, por cuanto la información que el operador económico ha de proporcionar al poder adjudicador sobre la vinculación de los subcontratistas con el contrato tiene un puesto central en la Directiva 2014/24. Me remito, en este extremo, a lo que expuse en las conclusiones del asunto Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93.¹⁷

57. La traducción normativa de ese deseo del legislador se plasma en los apartados 2 y 5 del artículo 71 de la Directiva 2014/24 que, respectivamente, se dedican a la obligación del licitador y del contratista principal de informar al poder adjudicador sobre la subcontratación prevista (en la fase de selección) o ya operativa (tras la adjudicación del contrato).

58. El artículo 71, apartado 6, letra b), conecta con este deber de información cuando atribuye a los poderes adjudicadores la potestad de utilizar los mecanismos indicados en los artículos 59, 60 y 61 de la Directiva 2014/24 al comprobar si concurren motivos para excluir a algún subcontratista con arreglo al artículo 57.

59. La referencia del artículo 71 al artículo 57 comprende tanto los motivos de exclusión obligatoria como los de exclusión facultativa, en el contexto del incumplimiento de las obligaciones del artículo 18, apartado 2. Las consecuencias son, sin embargo, distintas:

- Si el subcontratista ha incurrido en una causa de exclusión obligatoria,¹⁸ *se exigirá* al operador económico que lo sustituya.
- Si se trata de un motivo de exclusión no obligatoria,¹⁹ el poder adjudicador *podrá exigir* que el operador económico sustituya al subcontratista. Esta es, como acto seguido explicaré, una más de las medidas admisibles para reaccionar contra la presencia de subcontratistas carentes de idoneidad.

60. Destacan, a este respecto, dos elementos normativos:

- Por un lado, la fórmula abierta que emplea el artículo 71, apartado 6, de la Directiva 2014/24 («se podrán tomar las *medidas oportunas* para evitar el incumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo 18, apartado 2. *En particular*: [...]»).
- Por otro lado, la facultad que se reconoce a los Estados para establecer «normas de responsabilidad más estrictas» (artículo 71, apartado 7).

61. La conjunción de ambos elementos respalda, en mi opinión, lo que ya se infiere de la interpretación del artículo 57, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24, esto es, la habilitación a los Estados miembros para instaurar, en estos supuestos, la responsabilidad directa de los licitadores que hayan propuesto subcontratistas incurso en infracciones del artículo 18, apartado 2, de aquella Directiva.

62. En efecto, la redacción correspondiente al apartado 6 del artículo 71 de la Directiva 2014/24 deja abierta la puerta a la introducción de *otras medidas* nacionales. El legislador de la Unión ha reseñado, a título meramente enunciativo, algunas de esas medidas para reaccionar contra el incumplimiento de los deberes sociales y laborales, como la sustitución del subcontratista incurso en causas de exclusión (obligatorias o facultativas), pero no cierra el paso a otras. Los Estados miembros han de precisar las condiciones de ejecución de estas últimas, a tenor del apartado 8 del artículo 71.

¹⁷ Asunto C-267/18, EU:C:2019:393.

¹⁸ Esto es, cuando sean incumplimientos de obligaciones sociales o laborales sobre los que haya recaído sentencia firme, encuadrables en alguno de los motivos del artículo 57, apartado 1.

¹⁹ El del artículo 57, apartado 4, letra a), que se dedica justamente al incumplimiento de las obligaciones del artículo 18, apartado 2.

63. Este mismo enfoque prevalece en el artículo 71, apartado 7, cuando admite que los Estados miembros decidan implantar en sus legislaciones «normas de responsabilidad más estrictas» en materia de subcontratación. La lectura de ese apartado revela, a mi juicio, que esas normas no se circunscriben a la «materia de [los] pagos directos a los subcontratistas» (para la que el texto utiliza la expresión «disposiciones más amplias»), sino que pueden tener un alcance más general.

64. Así se infiere, con mayor claridad, del considerando centésimo quinto de la Directiva 2014/24, cuando señala que «los Estados miembros conservan la libertad de establecer disposiciones más estrictas en materia de responsabilidad en su derecho nacional o de ir más allá, en su derecho nacional, sobre los pagos directos a los subcontratistas». La disyuntiva revela que son dos tipos de (posibles) intervenciones dispares.

65. Estas habilitaciones a los Estados miembros no se proyectan solo sobre la relación entre el contratista principal y los subcontratistas, sino que pueden extenderse a la relación entre el poder adjudicador y el licitador que haya propuesto, en su oferta, contar con los servicios de un subcontratista aquejado de un motivo de exclusión. Me remito a lo antes dicho sobre la responsabilidad solidaria de unos y de otros.

66. Como el artículo 57 de la Directiva 2014/24 regula de modo específico los motivos de exclusión, el artículo 71, apartados 6 y 7, refuerza, al referirse a aquel, la posibilidad de prescindir de los licitadores a causa de los incumplimientos de los subcontratistas que hayan eludido las obligaciones dimanantes del artículo 18, apartado 2. La eliminación de los candidatos tiene su encaje propio en el artículo 57, pero el régimen de la subcontratación en el artículo 71 corrobora, insisto, esa posibilidad.

D. Sobre el sistema italiano de exclusión por faltas del subcontratista, en relación con los hechos del litigio

67. La aplicación combinada de los artículos 80, apartado 5, y 105, apartado 12, del CCP implica que la presentación, en la oferta, de un subcontratista que haya infringido las obligaciones sociales y laborales relativas a las personas discapacitadas tiene como consecuencia la *automática* exclusión del licitador que libremente lo propuso, si se advierte en la fase previa a la conclusión del contrato.

68. Esta tajante consecuencia pudiera no ser compatible con el principio de proporcionalidad. El Tribunal de Justicia, en relación con la Directiva 2004/18,²⁰ se pronunció sobre las causas facultativas de exclusión, rechazando su aplicación automática. Se deduce de la sentencia Forposta y ABC Direct Contact²¹ que el automatismo podría sobrepasar el margen de apreciación conferido a los Estados miembros por el artículo 45, apartado 2, de la Directiva 2004/18 (hoy 57, apartado 7, de la Directiva 2014/24).

69. Según esa sentencia, se ha de llevar a cabo «una apreciación concreta e individualizada de la actitud del operador económico de que se trate».²² Por no atenerse a ese criterio, el Tribunal de Justicia declaró discordante con el derecho de la Unión una ley nacional que «obliga a la entidad adjudicadora [...] a excluir automáticamente a dicho operador del procedimiento de adjudicación [...] sin conceder a la entidad adjudicadora la facultad de apreciar, en cada caso individual, la gravedad del comportamiento que supuestamente incurre en culpa por parte de dicho operador económico [...]».

20 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO 2004, L 134, p. 114).

21 Sentencia de 13 de diciembre de 2012 (C-465/11, EU:C:2012:801), apartado 35.

22 Sentencia de 13 de diciembre de 2012, Forposta y ABC Direct Contact (C-465/11, EU:C:2012:801), apartado 31.

70. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no siguió esa línea jurisprudencial, mantenida en sentencias precedentes, en el asunto *Connexxion Taxi Services*. Al contrastar la, hasta entonces, necesaria valoración de la falta cometida por un licitador a la luz del principio de proporcionalidad con el respeto de los principios de transparencia e igualdad, se inclinó por estos últimos. Decidió que eran prevalentes en un caso en el que, según las «condiciones de la licitación [del] contrato, debía procederse imperativamente a la exclusión de los licitadores que hubieran incurrido en una falta profesional grave sin tomar en consideración el carácter proporcionado o no de dicha sanción».²³

71. Por tanto, el patrón de enjuiciamiento parece diferir según si la exclusión automática figura solo en la ley (en cuyo caso, debe permitirse el control de proporcionalidad, a pesar de que la norma nacional no lo contemple) o si se impone categóricamente en el pliego de condiciones de la licitación.

72. Ni del auto de reenvío ni de las aclaraciones ulteriores²⁴ se deduce que la exclusión automática estuviera impuesta por los documentos que regían la adjudicación del contrato. Corresponderá al juez nacional dilucidar si la cláusula 11 o cualquier otra del pliego de condiciones contenían aquel mandato imperativo. Si así fuera, los principios de transparencia y de igualdad de trato de los licitadores, en el sentido de la sentencia *Connexxion Taxi Services*,²⁵ resultarán de aplicación prevalente. De este modo se evita que un licitador respetuoso con las cláusulas del pliego de condiciones sea preterido, en beneficio de quien las incumplió.

73. De lo contrario, las exigencias del principio de proporcionalidad entran en juego. Nuevamente, es el tribunal de reenvío quien ha de apreciar todos los factores concurrentes, ahora para dilucidar si la exclusión del licitador es una sanción adecuada a la gravedad de su conducta.

74. Entre esos factores podrá evaluarse el que aduce el tribunal de reenvío en su escrito de aclaraciones, esto es, que el licitador excluido no tuviera el deber de verificar si el DEUC del subcontratista se ceñía a la realidad, lo que podría atenuar la propia negligencia. Esta última continuaría subsistiendo, sin embargo, aunque en grado menor, pues nada impedía al licitador (como hizo después el poder adjudicador) comprobar previamente, por otras vías, el incumplimiento del subcontratista.

75. Completar la terna de subcontratistas, además de con el infractor, con otros dos operadores económicos sin tacha no basta para disminuir la responsabilidad del licitador. De admitirse esta práctica, se podría propiciar el fraude consistente en designar un subcontratista infractor (que, como ya se dijo, suele tener unos menores costes laborales o sociales), cuyos servicios se requerirán si no se descubre su situación irregular, y otros dos que aparecen como meros acompañantes.

76. Tampoco atenúa la responsabilidad del licitador que él mismo pudiera ejecutar las prestaciones contractuales sin acudir a un subcontratista. Dado que gozaba de libertad para utilizar el mecanismo de subcontratación y que, en la oferta, comunicó al poder adjudicador su intención de acogerse a esa posibilidad y presentar una terna de subcontratistas, era responsable de que en esa terna no se encontrase ninguno que hubiera infringido las normas nacionales en materia de trabajo de las personas discapacitadas.

23 Sentencia de 14 de diciembre de 2016, *Connexxion Taxi Services* (C-171/15, EU:C:2016:948), parte dispositiva.

24 Sintetizadas en el punto 21 de estas conclusiones.

25 Sentencia de 14 de diciembre de 2016 (C-171/15, EU:C:2016:948).

V. Conclusión

77. A tenor de lo expuesto, sugiero al Tribunal de Justicia responder al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Tribunal regional de lo contencioso-administrativo del Lacio, Italia) en los siguientes términos:

- «1) El artículo 57, apartado 4, letra a), de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, no se opone, en principio, a excluir a un licitador que haya expresado, en su oferta, la intención de subcontratar a un operador económico, cuando este último haya incumplido las obligaciones aplicables en materia laboral o social establecidas en el derecho nacional.
- 2) Al resolver sobre la exclusión, el poder adjudicador ha de disponer de la facultad de apreciar, en cada caso, la proporcionalidad de esa medida, valorando todas las circunstancias concurrentes para discernir la fiabilidad del licitador, salvo que en el pliego de condiciones se prevea, imperativamente, la exclusión sin tomar en consideración el carácter proporcionado de dicha sanción».